

A execução por quantia certa contra a Fazenda Pública à luz do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional

Elaine Harzheim Macedo
Fabrício de Farias Carvalho

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade abordar a atual sistemática de execução contra a Fazenda Pública lastreada em título judicial, traçando um paralelo com o procedimento proposto pelo projeto do novo CPC, frente ao sistema de direitos fundamentais da Constituição de 1988 e através da dupla perspectiva objetiva e subjetiva e sua multifuncionalidade, norteado o enfrentamento pelo fenômeno jurídico-político da constitucionalização do direito processual e da contemporânea processualística, que antevê o processo como instrumento comprometido com a realização dos direitos fundamentais, no âmbito. A análise crítica dos textos normativos presente e futuro autoriza concluir que a via da satisfação de crédito do particular em relação ao Estado não se conforma com esse novo paradigma, predominando a tutela dos interesses do devedor em ofensa ao direito líquido e certo do particular, passando a execução contra a Fazenda Pública constituir espaço em que o Estado se afasta de seu papel de amigo do cidadão, tornando-se seu opositor e protergendo a concretização de seu direito reconhecido em sentença judicial trânsita em julgado.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Efetividade da tutela jurisdicional. Execução. Fazenda Pública.

The judicial execution against Public Farm under the lights of the fundamental right to the effectiveness of judicial protection

ABSTRACT

The present work aims at addressing the current implementing systematic against the Exchequer anchored in judicial title, drawing a parallel with the procedure proposed by the design of the new CPC, the system of fundamental rights of the Constitution of 1988 and through the double objective and subjective perspective and its multi-functionality, guided the confrontation by the legal-political phenomenon of constitutionalization of procedural law and contemporary processualistic, which visualizes the process as an instrument to commit to the realization of fundamental rights in the framework. The critical analysis of the present and future regulatory texts authorizing the conclusion that via's credit particular satisfaction

Elaine Harzheim Macedo é professora dos programas de pós-graduação da PUCRS em nível de mestrado e doutorado. Doutora em Direito pela UNISINOS e Mestre em Direito pela PUCRS. Especialista em Direito Processual Civil pela PUCRS. Ex-presidente do TER-RS. Membro do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul-IARGS. E-mail: elaine@fhm.adv.br

Fabrício de Farias Carvalho é mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. MINTER PUCRS/FSA. E-mail: fabriciofcarvalho@gmail.com

Direito e Democracia	Canoas	v.15	n.2	p.19-37	jul./dez. 2014
----------------------	--------	------	-----	---------	----------------

vis-à-vis the State does not conform with this new paradigm, where the protection of the debtor's interests in offense the right liquid and right of particular, passing the execution against the Public Farm constitute the State space moves away from its role as a friend of the citizen, becoming his opponent and postponing the realization of their rights recognized in court judgment in definitive trial.

Keywords: Fundamental rights. Effectiveness of judicial protection. Judicial execution. State.

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Tal qual os demais ramos tradicionais, o direito processual civil brasileiro absorveu – e continua a absorver – os influxos do que a doutrina convencionou chamar de *neoconstitucionalismo*, surgido na segunda metade do século XX com a mudança de paradigmas impulsionada pela substituição do chamado Estado de Direito legal, também nominado de Estado de Direito ou de Estado liberal, pelo Estado de Direito Constitucional, ou mais precisamente, Estado social e democrático de Direito.¹ Enquanto o primeiro foi inaugurado no Brasil com a Constituição de 1891, prosseguindo através das demais constituições brasileiras por cerca de um século, o segundo foi instaurado com força ímpar pela Carta de 1988, que pressupõe o caráter supremo da Constituição como um sistema aberto de regras e princípios, dotada de eficácia plena e voltada à otimização e efetivação dos direitos fundamentais, consagrando novas funções ao Estado ao reconhecer também uma perspectiva objetiva a estes direitos.

Nesse sentido, já o parágrafo único do art. 1º dispõe com todas as letras que o poder soberano é do povo, não se limitando, como em textos anteriores, a dizer que o poder será exercido em seu nome e por ele. A soberania é autenticamente popular, atuando os agentes que integram as instituições de poder (legislativo, executivo e judiciário) como meros mandatários do povo e constitucionalmente vinculados aos fundamentos do Estado brasileiro, conforme art. 3º da Carta Magna.

Dessa forma, além de condicionar a aplicação e interpretação de todo o direito infraconstitucional à concretização e realização dos direitos fundamentais, cabendo ao Estado-juiz a utilização da melhor técnica processual para atingir tal fim, o Estado-legislador passa a ter o dever de propiciar ao indivíduo um sistema procedimental capaz de tornar efetiva a proteção a estes direitos, com a edição de normas de direito material protetivas e procedimentais (prestações normativas), vinculando, ainda, o Estado-administrador a uma atuação positiva para concretizar os direitos fundamentais, como, por exemplo, otimizando a administração da Justiça no momento de alocar recursos ao Poder Judiciário (prestações fáticas).

Em virtude do exposto, no direito processual também se verifica mudanças de paradigmas e o direito de ação, assegurado no artigo 5º. da Constituição – estrategicamente posicionado no rol de direitos e garantias fundamentais – não pode ser mais pensado apenas como o direito ao ingresso no Poder judiciário e a uma sentença judicial, inteiramente

¹ Expressão essa que será usada doravante, como forma de definir com mais precisão o que se compreende como o Estado produzido pela Constituição da República de 1988.

desvinculada do direito material e da realidade social que o cerca. Nesta nova concepção, como um direito fundamental à própria efetividade dos demais, ao direito de ação são agregadas outras garantias fundamentais, como da celeridade e isonomia das partes, visando em última análise a uma prestação jurisdicional efetiva.

Na contramão desta efetividade do processo e da prestação jurisdicional conferida pelo novo paradigma constitucional se posta a atual sistemática de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, representando verdadeira célula de resistência à concretização da garantia constitucional antes anunciada, como adiante se verá.

Diante do atual panorama, onde o Estado e sua extensa lista de empresas públicas e autarquias continuam figurando como os maiores litigantes do país,² o que por si só denuncia que, no mínimo, há sérios problemas com a concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos, é de se indagar até que ponto as normas processuais vigentes refletem (ou não) o melhor sistema de técnicas e procedimentos idôneos a produzir o resultado almejado, isto é, uma tutela de crédito jurisdicional efetiva, aqui se compreendendo a efetividade como prestação jurisdicional adequada (ao direito material posto em causa) e tempestiva (razoabilidade entre o indispensável custo processual e o cumprimento definitivo, com a entrega do bem da vida), não podendo se descartar, ainda, que muitas vezes o cenário (negativo) é agravado pela leniência do Poder Judiciário, que refreia sua espada quando o Estado é réu, a merecer o estudo e a reflexão sobre a (in)efetividade da sistemática de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, o que se evidencia com a imensidão do montante acumulado, notadamente no âmbito de estados e municípios, gerado pelo acúmulo de condenações judiciais pecuniárias não cumpridas em face destes entes.

Assim, através de levantamento doutrinário e jurisprudencial, o presente artigo objetiva analisar, sem pretensão de esgotamento da matéria, o atual panorama legislativo e judicial da execução contra a Fazenda Pública e sua conformação com o direito fundamental a uma prestação jurisdicional efetiva, ou seja, aquela apta a garantir em tempo hábil ao credor o que o direito material lhe contemplou e o que foi assegurado por uma sentença judicial, aproximando-se, tanto quanto possível, para o seu pleno gozo, como se houvesse mesmo sido prestada de forma espontânea pelo devedor.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Com a promulgação da Constituição de 1988, os direitos fundamentais assumiram papel de destaque no ordenamento jurídico brasileiro, na esteira do que já vinha acontecendo no plano internacional desde o segundo pós-guerra, consolidando a fase de constitucionalização dos direitos fundamentais, iniciada em 1776 com as declarações de direitos dos novos Estados americanos, como ensina K. Stern, citado por Ingo W. Sarlet.³

² Conforme Conselho Nacional da Justiça: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/13836-cnj-divulga-lista-dos-100-maiores-litigantes>

³ STERN, K., apud SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.37.

É certo que em todos os ordenamentos constitucionais brasileiros, desde a Constituição Imperial, sempre se reservou espaço aos direitos fundamentais, em maior ou menor grau, ainda que não exatamente no formato como hoje consagrado.⁴ Contudo, foi a atual Carta Cidadã de 1988 que trouxe modificações relevantes neste campo, como, por exemplo, a utilização da expressão “direitos e garantias fundamentais”, muito mais consentânea com o atual estágio de desenvolvimento, em substituição a “direitos e garantias individuais”, empregado nos textos anteriores. Destaca, ainda, Ingo W. Sarlet que

Dentre as inovações, assume destaque a situação topográfica dos direitos fundamentais, positivados no início da Constituição, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, o que, além de traduzir maior rigor lógico, na medida em que os direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica, também vai ao encontro da melhor tradição do constitucionalismo na esfera dos direitos fundamentais.⁵

Ademais, o novo texto constitucional ampliou consideravelmente o catálogo dos direitos fundamentais. Além dos direitos e garantias formalmente fundamentais, ou seja, aqueles “estabelecidos diretamente pelo texto constitucional” (localizados no rol dos direitos e garantias fundamentais insculpido no Título II),⁶ ainda existem os direitos fundamentais formalmente constitucionais mas fora do catálogo ou simplesmente *direitos fundamentais dispersos*, que, na doutrina de J.J. Gomes Canotilho,⁷ são aqueles que possuem esta estatura, mas situam-se fora do Título II da CF, como por exemplo a proibição de utilização do tributo com efeito de confisco, trazido no art. 150, IV.

Ao preceituar, no art. 5º, §2º, que “os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, a Constituição viabilizou a existência de outros direitos e garantias fundamentais fora do Título II, e até mesmo fora do texto constitucional, o que Ingo W. Sarlet nominou de “princípio da abertura material do catálogo dos direitos fundamentais”⁸, fortalecido pela receptividade outorgada aos tratados e convenções internacionais que cuidem de direitos humanos, os quais, quando incorporados ao ordenamento pátrio, nos termos do art. 5º, §3º, da CF, terão *status* de emenda constitucional.

E é neste contexto de extrema relevância atribuída aos direitos e garantias fundamentais no Estado social e democrático de Direito que se encontra não só a garantia

⁴ Neste sentido, dentre outros, IRIBURE JUNIOR, Hamilton da Cunha. Os direitos fundamentais na ordem constitucional. In: SARLET, Ingo W; LEITE, George Salomão (coord.). *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais*. Salvador: JusPodium, 2012, p.223-242.

⁵ Idem, *ibidem*, p.66.

⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.73.

⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.404-5.

⁸ SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.80.

de acesso à justiça, como a própria *efetividade do processo*. Corolário do direito de acesso à justiça (de indiscutível fundamentalidade formal, eis que situado no art. 5º, inc. XXXV, da CF), “não poderia deixar de ser pensado como fundamental, uma vez que o direito à prestação jurisdicional efetiva é decorrência da própria existência dos direitos e, assim, a contrapartida da proibição da autotutela”.⁹

A respeito do tema, vem de Gisele Cittadino a lição que a Constituição de 1988, na esteira do constitucionalismo europeu, contemplou exaustivo sistema de direitos individuais e sociais não se omitindo também em prever instrumentos processuais aptos a garantir a efetividade desses direitos, o que leva a concluir que a norma constitucional pátria está inspirada por um conteúdo comunitário”.¹⁰ Dizendo de outra forma, não basta arrolar e garantir os direitos fundamentais; indispensável instrumentalizar a sua exigibilidade, exigibilidde essa que encontra, se não exclusiva, principalmente espaço no Poder Judiciário.

Na palavras de L. G. Marinoni,

O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que esses últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência da sua plena realização. Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos.¹¹

Outro ponto de destaque da nova ordem constitucional de 1988 foi a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, expressamente contida no art. 5º, §1º, da Constituição. Com isso, tanto direitos formalmente quanto materialmente fundamentais passam a ter aplicabilidade imediata, ou seja, a princípio independem de concretização pelo legislador infraconstitucional¹² e vinculam o Poder Público em todas as esferas, Executivo, Legislativo e Judiciário, que devem pautar suas atuações de forma a otimizar a realização e efetivação de todos os direitos fundamentais.

Nesta senda, os direitos fundamentais assumem uma dupla perspectiva, como normas objetivas e como direitos subjetivos. Nesta última, sem adentrar na discussão sobre o conceito de direito subjetivo, ressalta-se o caráter essencialmente individual atribuído aos direitos fundamentais enquanto direitos judicialmente exigíveis por seu titular (ainda que

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e tutela dos direitos*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.143.

¹⁰ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 2.ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p.43-44.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit., p.143.

¹² J.J. Gomes Canotilho defende a inexistência de normas meramente programáticas, ou seja, completamente despidas de juridicidade, e assevera que “eventual mediação concretizadora, pela instância legiferante, das normas programáticas, não significa que este tipo de normas careça de positividade jurídica autónoma, isto é, que sua normatividade seja apenas gerada pela *interpositio* do legislador; é a *positividade das normas-fim e normas-tarefa (normas programáticas) que justifica a necessidade da intervenção dos órgãos legiferantes*” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.1.177).

coletivamente considerado). De outro norte, o foco no indivíduo, característica marcante na dimensão subjetiva, também “encontra sua justificativa no valor outorgado à autonomia individual, na qualidade de expressão da dignidade da pessoa humana”.¹³

Na perspectiva jurídico-objetiva, os direitos fundamentais assumem papel relevante “na construção de um sistema eficaz e racional para sua (dos direitos fundamentais) efetivação”,¹⁴ os quais “não se limitam a serem direitos subjetivos, já que também representam decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, que se projetam em todo o ordenamento jurídico”.¹⁵ Robert Alexy reconhece a existência desta concepção objetiva que se irradia no Tribunal Constitucional alemão no seguinte trecho:

Essa construção, preferida pelo Tribunal Constitucional Federal, pressupõe que os direitos fundamentais sejam mais que direitos de defesa contra intervenções estatais. O tribunal faz referência ao ‘conteúdo jurídico-objetivo’ dos direitos fundamentais e à ‘ordem objetiva de valores’ que os direitos fundamentais representam.¹⁶

Para Ingo W. Sarlet,¹⁷ o reconhecimento de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais lhe renderam três importantes funções, a saber: I) atribuiu-se uma eficácia irradiante dos direitos fundamentais de modo que estes passam a impulsionar e conduzir a interpretação e aplicação de todo o ordenamento infraconstitucional, influenciando, junto com a afirmação da supremacia normativa da Constituição,¹⁸ o fenômeno da *constitucionalização* do Direito; II) passou a se reconhecer que os direitos fundamentais implicam deveres de proteção do Estado, vinculando o Poder Público a uma constante atuação no sentido de resguardar os indivíduos contra agressões do próprio Estado (ou Estados estrangeiros) e de terceiros, o que se dá através de prestações Estatais e que se encontra estreitamente vinculado ao monopólio estatal da jurisdição; III) juntamente com a dimensão subjetiva, os direitos fundamentais assumem uma função organizatória e procedimental, ou seja, carregam comandos que vinculam simultaneamente a aplicação e interpretação das normas procedimentais, mas também a própria criação de normas procedimentais e organizacionais voltadas à efetivação e proteção dos direitos fundamentais.

¹³ SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.155.

¹⁴ Idem, *ibidem*, p.151.

¹⁵ SARLET, Ingo W. Comentário ao Título II: Dos Direitos e Garantias Fundamentais. In: CANOTILHO, J.J. GOMES; MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio L; _____ (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p.186.

¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.454.

¹⁷ SARLET, Ingo W. Comentário ao Título II: Dos Direitos e Garantias Fundamentais. In: CANOTILHO, J. J. GOMES; MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio L; _____ (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p.183-212.

¹⁸ Sobre o tema: HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

3 PROCESSO EFETIVO COMO DIREITO À PARTICIPAÇÃO NA ORGANIZAÇÃO E PROCEDIMENTO

Considerando a dupla perspectiva brevemente situada linhas acima, bem como as várias funções desempenhadas pelos direitos fundamentais enquanto ordem objetiva de valores, e agora sob uma ótica funcional, pode-se classificar os direitos fundamentais em dois grandes grupos, a saber, direitos fundamentais como *direitos de defesa* e direitos fundamentais como *direitos a prestações*. No alinhamento da doutrina de Robert Alexy, Ingo W. Sarlet¹⁹ divide estes em *direitos a prestações em sentido estrito* e *direitos a prestações em sentido amplo*, que, por sua vez, ainda são divididos em *direitos à proteção* e *direitos à participação na organização e procedimento*. Importa ressaltar que a classificação ora apresentada não estabelece uma dicotomia entre direitos de defesa e direitos a prestações, ao contrário, pressupõe uma complementação mútua, considerando que, enquanto direito subjetivo, um direito fundamental pode assumir tanto uma dimensão prestacional quanto negativa.²⁰

Como direitos de defesa, os direitos fundamentais pressupõem um comportamento negativo do Estado, ou seja, uma abstenção, um comportamento passivo do Poder Público. Nesta esteira, J. J. Gomes Canotilho ensina que

Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).²¹

Enquanto direitos a prestações, os direitos fundamentais impõem a atuação estatal para sua efetiva realização. Nas palavras de Robert Alexy, “todo direito a uma ação positiva, ou seja, a uma ação do Estado, é um direito a uma prestação”.²² Destarte, se de um lado a realização dos direitos fundamentais exige um comportamento abstencionista do Estado (direitos de defesa), de outro a atuação do Poder Público é obrigatória e indispensável para sua concretização (direitos a prestações).

¹⁹ SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.167.

²⁰ SARLET, Ingo W. Comentário ao Título II: Dos Direitos e Garantias Fundamentais. In: CANOTILHO, J. J. GOMES; MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio L; _____ (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p.187-188.

²¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.408.

²² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.442.

Continua o jurista alemão asseverando que

A escala de ações estatais positivas que pode ser objeto de um direito a prestação estende-se desde a proteção do cidadão contra outros cidadãos por meio de normas de direito penal, passa pelo estabelecimento de normas organizacionais e procedimentais e alcança até prestações em dinheiro e outros bens.²³

Deste modo, integram o rol de direitos a prestações, além das chamadas prestações fáticas ou prestações em sentido estrito (aquelas que configuram uma atuação direta e concreta do Estado, como provimento de saúde, segurança, educação, etc.), também as prestações normativas, ou seja, o dever dos poderes públicos editarem atos normativos voltados à proteção da esfera jurídica dos indivíduos contra investidas de terceiros e também destinados à instituição de organizações e procedimentos que objetivem a efetiva realização dos direitos fundamentais.

Especificamente sobre o direito fundamental como direito ao procedimento idôneo para a concretização de outros direitos fundamentais, Robert Alexy assevera que engloba “tanto direitos à criação de determinadas normas procedimentais quanto direitos a uma determinada **‘interpretação e aplicação concreta’** (o grifo é nosso) de normas procedimentais”.²⁴ E ressalta

Normas de organização e procedimento podem ter não apenas esse caráter de meio, elas podem ser também um fim em si mesmas. No que diz respeito aos direitos fundamentais, uma norma procedimental *N* tem um caráter de fim em si mesma se ela continuar a ser exigível da perspectiva dos direitos fundamentais mesmo que se constate que, com a vigência de *N*, o resultado do procedimento não seria, em nenhuma situação e sob qualquer aspecto, mais compatível com os direitos fundamentais do que seria sem sua vigência.²⁵

Nesse fio, em uma perspectiva multifuncional, não há maiores problemas em situar o direito fundamental à prestação jurisdicional efetiva como um direito a prestações em sentido amplo, uma vez que a atuação positiva dos poderes públicos será essencial para sua realização (como meio ou como fim em si mesmo), seja na forma de emissão de normas procedimentais aptas à sua efetiva realização, oponível em face do Poder Legislativo, seja como interpretação e aplicação das normas procedimentais pelo Judiciário, de modo que aos mesmos seja conferida a efetividade esperada da categoria especial dos direitos e garantias fundamentais.²⁶

²³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.442.

²⁴ Idem, ibidem, p.474.

²⁵ Idem, ibidem, p.473.

²⁶ J. J. Gomes Canotilho ainda cita o dever estatal de eliminar os obstáculos ao acesso à Justiça, com prestações fáticas como “apoio judiciário, patrocínio judiciário, dispensa total ou parcial de pagamento de custas e preparos” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.501).

Aqui se colaciona a lição de Elaine H.Macedo, que vem ao encontro desta coparticipação ou corresponsabilidade pela concretização dos direitos fundamentais reconhecidos na ordem jurídica pátria:

Não há mais como conviver com o conceito de uma sentença que se limita a reconhecer, acolhendo ou rejeitando o direito pleiteado pelo autor, como mero resultado de uma operação lógica e dedutiva, como ato formal e abstrato, de caráter meramente normatizador dizendo quem tem e quem não tem razão, política e socialmente irresponsável. Se assim fosse, facilmente substituir-se-ia o julgador pelos modernos sistemas de computação eletrônica, mais céleres, seguros e previsíveis.

Para concluir a seguir:

Decidir é, antes de tudo, criar, como criar é produzir a lei e administrar a a coisa pública, funções que, uma vez concretizadas, correspondem a uma vontade política, a um sentimento humano, a uma inteligência exercida...²⁷

Ou seja, o papel da jurisdição não é nem menor nem maior que o dos outros poderes no compromisso constitucional da concretização e realização dos direitos fundamentais.

Na lição de Marinoni

[...] há direito, devido pelo Estado-legislador, à edição de normas de direito material de proteção, assim como de normas de direito instituidoras de técnicas-processuais capazes de propiciar efetiva proteção. Mas o Estado-juiz também possui dever de proteção, que realiza no momento em que profere a sua decisão a respeito dos direitos fundamentais.²⁸

Deste modo, tanto o juiz quanto o legislador estão obrigados a aplicar/criar a técnica processual apropriada a cada direito material tutelado (aqui se percebe uma reaproximação do direito processual ao material), sempre almejando a efetividade da prestação jurisdicional, daí se inferindo que o acesso à Justiça não pode mais ser visto apenas como o direito à resolução da lide, mas sobretudo “encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico

²⁷ MACEDO, Elaine Harzheim. *Jurisdição e processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.280.

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e tutela dos direitos*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.144.

moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.²⁹

No campo legislativo, portanto, exsurge o dever de se criar novas regras processuais e aperfeiçoar as já existentes de forma a viabilizarem as tutelas anunciadas pelo direito material de forma justa e efetiva. É sabido que o legislador não pode prever toda sorte de situações advindas do direito substancial, razão pela qual não raro opta por regras processuais abertas, a exemplo da contida no artigo 461 do CPC. Não é diferente, também, na ordem dos direitos materiais, a exemplo de inúmeras regras do Código de Defesa do Consumidor.

Nesta mesma linha de raciocínio, no que pertine às atribuições do Poder Judiciário quanto ao direito fundamental a um processo efetivo, o novo paradigma constitucional trouxe a democratização ao processo civil brasileiro, passando-se a considerar que um processo justo e efetivo só se faz com participação e diálogo entre todos os envolvidos, entre partes e juiz, no qual poderão aqueles influenciar no convencimento deste, no que Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, citado por Ingo W. Sarlet,³⁰ convencionou chamar de “processo cooperativo” e que Daniel Mitidiero abordou de forma magistral ao afirmar que o seu [do processo colaborativo] “desiderato precípua está em alcançar a justiça no caso concreto sob discussão, pautando-se o discurso e legitimando-se a decisão pela observância e promoção dos direitos fundamentais (tanto materiais como processuais)”.³¹

De outro norte, considerando que ao legislativo é inviável a previsão de todas as situações fáticas advindas do exercício do direito substancial e, dessa forma, a criação de procedimentos adequados à sua tutela, como já defendido acima, posta-se perante o Estado-juiz, no caso de inexistência de técnica processual idônea, o dever de “localizar e utilizar a técnica processual capaz de outorgar a devida execução à tutela reconhecida ao direito material”, realizando, nestes casos, um juízo valorativo entre a necessidade de efetivação da tutela e de menor prejuízo ao demandado, empregando a regra da proporcionalidade em *stricto sensu*.

4 A ATUAL SISTEMÁTICA DA EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

Quando o Estado vai a juízo, comumente recebe a denominação de Fazenda Pública. Na lição de Leonardo Carneiro da Cunha, “a expressão Fazenda Pública é utilizada para designar as pessoas jurídicas de direito público que figurem em ações judiciais, mesmo que a demanda não verse sobre matéria estritamente fiscal ou financeira”.³²

²⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Mauro. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.12.

³⁰ SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.197.

³¹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

³² CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 11.ed. São Paulo: Dialética, 2013, p.15.

Considerando a regra geral de indisponibilidade³³ do patrimônio do Estado, porque afetado a uma finalidade pública, resta inviável a realização da execução através dos moldes comuns existentes no ordenamento jurídico, ou seja, através da expropriação forçada do patrimônio do devedor. Humberto Theodoro Júnior, com propriedade, afirma tratar-se de uma *execução imprópria*, “visto que se faz sem penhora e arrematação, vale dizer, sem expropriação ou transferência forçada de bens”.³⁴

Regulamentando a regra do artigo 100 da Constituição Federal³⁵, o Código de Processo Civil disciplinou nos artigos 730 e 731 o procedimento de pagamento de quantia certa pela Fazenda Pública condenada em sentença judicial transitada em julgado³⁶ ³⁷. Assim, formalizado o título executivo com o trânsito em julgado da decisão condenatória, o autor requer a execução, com posterior citação do ente executado para, no prazo de trinta dias, opor embargos à execução³⁸ e, não sendo estes opostos ou, se opostos, rejeitados, expedir-se-á, conforme o caso, precatório ou requisição de pequeno valor, consistente no requerimento do juízo da execução, por intermédio do Presidente do competente Tribunal, para inclusão do crédito no orçamento do ente devedor.

A Constituição Federal, no multicitado artigo 100, prevê a obrigatoriedade da alocação de recursos suficientes ao pagamento do precatório pela Fazenda devedora (§5º), sob pena de sequestro da verba (§6º). Desta forma, as requisições apresentadas para pagamento até 1º de julho, deverão ser quitadas até o final do exercício seguinte.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart advertem:

Em razão deste sistema, não será raro encontrar casos de precatórios que demorem anos para serem pagos. Tudo dependerá da importância destinada no orçamento para pagamento de precatórios requisitados pelo Poder Judiciário.

³³ Conforme artigo 100 do Código Civil: “Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar”.

³⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. II, 48.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.389.

³⁵ “Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim”.

³⁶ Observe-se que mesmo quando se tratar de execução de título extrajudicial o art. 100 da CF/88 exige a prolação de “sentença judiciária”.

³⁷ O artigo 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, inserido pela Emenda Constitucional nº 62/2009, que instituiu o regime especial de pagamento de precatórios, também tratava do tema, porém, em 14.03.2013, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 4.357/DF, declarou a sua inconstitucionalidade, estando pendente a modulação dos efeitos do julgado.

³⁸ Neste particular, a doutrina majoritária defende que a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública fundada em título judicial não sofreu qualquer alteração pela Lei nº 11.232/2005, continuando a possuir natureza autônoma e os respectivos embargos configurarem verdadeira ação. “A reforma da Lei nº 11.232/2005 não atingiu as execuções singulares especiais por dívidas da Fazenda Pública e pelas obrigações de alimentos, que se conservaram nos padrões antigos de separação das duas ações: uma para condenar, outra para executar” (THEODORO JUNIOR, Humberto. *As Novas Reformas do Código de Processo Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.113).

Como os cofres públicos são limitados, havendo insuficiência para quitação de todos os precatórios expedidos, estes ingressarão na ‘fila’ do exercício financeiro subsequente, e assim sucessivamente, até que se dê o integral pagamento das dívidas assumidas.³⁹

Do alerta feito pelos doutrinadores infere-se que apesar de existir sanção – sequestro de verbas suficientes ao pagamento – aplicada ao ente que não incluir no orçamento o valor da condenação ou no caso de preterição do direito de preferência estabelecido no *caput* do artigo 100 da CF/88, não há qualquer previsão, constitucional ou legal, de sanção para a hipótese de atraso no pagamento, sem dúvida a situação mais comum de não pagamento enfrentada pelos jurisdicionados que litigam contra o Estado.⁴⁰

Além do sequestro de verbas públicas, cogita-se também a utilização do instituto da intervenção federal nos Estados contumazes – e destes nos municípios devedores, como meio de conferir eficácia aos comandos judiciais condenatórios em face da Fazenda Pública. Prevista nos artigos 34 a 36 da Constituição Federal, a intervenção pode ser decretada em casos excepcionais, inclusive para garantir a execução de decisão judicial, hipótese esta já afastada pelo Supremo Tribunal Federal.⁴¹

O que se observa deste procedimento, é a absoluta ausência de qualquer coercitividade, poder de adjudicação, ou, dizendo com outras palavras, poder de império para o judiciário fazer cumprir crédito já reconhecido em processo anterior, onde, por certo, pena até de nulidade a ser reconhecida ou em embargos à execução ou em ação rescisória, foram observados todos os requisitos do devido processo legal como o contraditório e a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, o juízo natural, entre outras garantias constitucionais, a plasmar a sentença condenatória trânsita em julgado como o exemplo maior da certeza, liquidez e exigibilidade tão alardeado pelo art. 586, do CPC.

Ou seja, o procedimento estabelecido em lei para fazer valer o crédito assim constituído é despido das garantias constitucionais de efetividade e até de tempestividade, na medida em que se limita a apurar eventual atualização de cálculo, citar o executado, abrindo prazo para embargos e, não opostos estes ou rejeitados, requisitar o pagamento.

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil, volume 3: execução*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.406.

⁴⁰ Segundo levantamento feito pelo Grupo de Gestores de Finanças Estaduais, vinculado ao Conselho Nacional de Política Fazendária (GEFIN/Confaz), o saldo devedor com precatórios dos cinco maiores devedores, a saber, São Paulo, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Paraná e Minas Gerais, totalizava, em 2012, 36,4 bilhões de reais. AFONSO, José Roberto; BARROS, Gabriel Leal de. Capacidade estadual de pagamento dos precatórios. *Consultor Jurídico*, 02 nov. 2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-02/observatorio-constitucional-capacidade-estadual-pagamento-precatorios>>. Acesso em: 08 fev. 2014.

⁴¹ O Supremo Tribunal Federal tem decidido reiteradamente que a intervenção federal nos casos de não pagamento de precatórios requer o descumprimento voluntário e intencional por parte da Administração, o que, na totalidade dos feitos desta natureza que foram pesquisados, não ficou configurado. Neste sentido: IF n. 4.640/RS, Tribunal Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, j. 29.03.2012, DJe 24.04.2012; IF n. 5.101/RS, Tribunal Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, j. 28.03.2012, DJe 05.09.2012.

Requisitar, aqui, não tem qualquer força coercitiva, de execução. É um mero encaminhamento, uma ciência ao órgão pagador, seguindo-se as demais disposições voltadas ao devedor para preservar que seja obedecida a rigorosa ordem entre os precatórios pendentes, onde, no mais das vezes, a espera se eterniza ao critério do órgão pagador, sem qualquer possibilidade de intervenção do judiciário.

A única intervenção prevista é a do art. 731, do CPC, para a hipótese de combate ao agir ilícito, caso invertido pelo ente público a sequência cronológica dos precatórios, o que, aí sim, autoriza ordem judicial de sequestro de bens.

Sob uma ótica social, o sistema autoriza com todas as letras que o particular, seja cidadão, seja pessoa jurídica (já ofendido em algum direito subjetivo, tanto assim que tem em seu favor um título executivo judicial), responda individualmente pelas ineficiências e deficiências administrativas e falência dos cofres públicos.

Certamente que um Estado com problemas na sua administração financeira passa a ser devedor da população em geral na prestação de serviços e obras públicas.

Contudo, aqui, o se cuida, é de um direito subjetivo reconhecido em processo judicial e consagrado por sentença trânsita em julgado, o que faz com que o credor sofra duas vezes as consequências negativas do Estado: primeiro, por ter tido o seu direito subjetivo desrespeitado, vilipendiado, segundo porque o ressarcimento em pecúnia devidamente reconhecido lhe é faticamente negado.

5 A EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA NO PROJETO DO NOVO CPC

O Projeto de Lei n. 8.046-B/2010, atualmente tramitando junto ao Senado Federal, pretende instituir o novo Código de Processo Civil Brasileiro, revogando o anterior, promulgado em 1973, quinze anos antes da atual Constituição Federal, trazendo novidades, mas também mantendo vivos inúmeros dispositivos da ordem anterior.

De 1973 até hoje, o Código Buzaid sofreu significativas alterações, sobretudo a partir de 1994, com a consolidação da nova ordem constitucional, que, espargindo seu sistema aberto de princípios e regras, vinculou todo o ordenamento jurídico ao novel paradigma instituído pela Constituição Cidadã, responsável por introduzir um catálogo materialmente aberto de direitos e garantias fundamentais.⁴²

Para ficar nas mais relevantes, citem-se a introdução do instituto da tutela antecipada, implementação da fase de cumprimento de sentença (sincretismo processual), reformulação do sistema de execução de títulos extrajudiciais, regulamentação da súmula vinculante, introduzida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, e reforma no sistema recursal (especialmente quanto ao agravo e ao recurso extraordinário, com a

⁴² Sobre o tema, Ingo W. Sarlet ressalta como uma das características marcantes da Constituição de 1988 a amplitude do catálogo dos direitos fundamentais, o que aumentou de maneira ímpar o elenco de direitos protegidos (SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.67).

implementação dos chamados filtros recursais, também atentando, neste último caso, à reforma constitucional antes mencionada) e a introdução do procedimento do recurso repetitivo.⁴³

Dessa forma, o CPC original, impulsionado pela nova roupagem lhe conferida pelo direito constitucional processual, se transformou em um mosaico de emendas, “[...] daí resultando a exigência de imediata sistematização e esclarecimentos a respeito do desenvolvimento dos novos conteúdos da disciplina, de forma didática, junto aos operadores do direito, especialmente por meio da adoção de um novo Código”⁴⁴

Entretanto, no ponto que interessa ao presente estudo – execução por quantia certa em face da Fazenda Pública – o projeto do novo Código de Processo Civil não correspondeu às expectativas depositadas pelos que militam no chamado processo civil público,⁴⁵ em nada alterando a atual sistemática do precatório, ainda que pendente a regulamentação às disposições constitucionais sobre o tema, o que, por certo, não afastaria, por si só, inovações infraconstitucionais.

A inovação mais avançada fica por conta da expressa distinção entre **execução com fundamento em título judicial**, tratada no âmbito do Título II, que trata do cumprimento da sentença e que se encontra no Livro I da Parte Especial, responsável por regular o processo de conhecimento e o cumprimento da sentença, conforme arts. 548 e 549; e **execução de título extrajudicial** contra a Fazenda Pública, conforme art. 926, o que mais adiante será aqui tratado.

Centrando o debate na execução com base em título executivo judicial, o que se tem é que, seguindo a tendência do sincretismo processual, na execução por quantia certa contra o Estado lastreada em título judicial – regida, como já dito, pelos artigos 548 e 549 do Projeto – agora expressamente reconhecida como espécie (procedimental) de cumprimento da sentença,⁴⁶ na medida em que prevê que, após a constituição do título com o trânsito em julgado da decisão, o requerimento do credor se fará instruído com a memória de cálculo atualizada,⁴⁷ sendo a Fazenda devedora intimada para impugnar, no mesmo prazo de trinta dias, o agora “cumprimento da sentença” (na execução atual o ente devedor é citado para apresentar embargos à execução, inaugurando processo autônomo, face à natureza jurídica dos embargos à execução).

⁴³ Acerca das alterações mais recentes no CPC, especialmente no sistema recursal e cumprimento de sentença, ler com proveito THEODORO JUNIOR, Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

⁴⁴ LAMY, Eduardo de Avelar. *A importância do novo CPC para o desenvolvimento do processo civil*. Revista de Processo, ano 38, vol. 226, São Paulo, dez. 2013, p.385-98.

⁴⁵ Segundo Cassio Scarpinella Bueno, “por ‘direito processual público’ deve ser entendido nada mais e nada menos do que o estudo consciente das leis e situações em que uma das partes do processo ou, mais amplamente, um de seus sujeitos, é pessoa ou entidade de direito público ou, quando menos, sujeita em maior escala a um regime de direito público” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: direito processual coletivo e direito processual público*, vol. 2, tomo III. São Paulo: Saraiva, 2010, p.25).

⁴⁶ Os atuais embargos à execução continuam existindo, mas ficam reservados para as hipóteses de execução fundada em título extrajudicial, conforme artigo 926 do Projeto de Lei n. 8.046-B/2010, que institui o novo CPC.

⁴⁷ As exigências dessa atualização de cálculo vêm expressas nos incisos que cuidam do dispositivo em comento, estabelecendo os dados pessoais do credor, o índice de correção monetária adotado, os juros aplicados e as respectivas taxas, o termo inicial e o termo final da incidência de juros e da correção monetária, a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso, a especificação de eventuais descontos obrigatórios realizados.

Considerando a similitude de prazos e matérias alegadas entre a impugnação e os atuais embargos à execução, a alteração não trouxe qualquer contribuição prática para a efetividade do processo, pois assim como a atual sistemática, a oposição também suspende a *definitividade* da decisão (a execução se dá porque o título executivo judicial transitado em julgado), requisito constitucional indispensável para expedição das ordens de pagamento. A propósito, o art. 549, §3º, da Proposta, deixa claro que somente quando não impugnada a execução ou rejeitadas as arguições da executada, expedir-se-á o precatório ou a ordem para pagamento de obrigação de pequeno valor, estabelecido, neste último caso, o prazo de 2 (dois) meses contados da entrega da requisição, mediante depósito na agência mais próxima de banco oficial, hipótese que se volta a regulamentar a exceção prevista no art. 100, 3º, da Constituição Federal.⁴⁸

Ademais, o projeto apresentado extirpa do novo CPC a previsão do sequestro de verbas públicas nos casos de quebra da ordem cronológica, trazido no Código atual conforme alhures comentado. Por um lado, essa inovação não se reveste de muita relevância prática, uma vez que o sequestro continua possível por força do art. 100, §6º, da CF, que dispensa qualquer lei infraconstitucional para sua concretização. Por outro – e aqui sim a gravidade da omissão – acusa uma certa reserva da lei processual em se comprometer com medidas expropriatórias efetivas.

Objeto de discussão doutrinária, a possibilidade de aplicação da multa prevista no artigo 475-J do Código vigente às execuções promovidas contra o Estado, já foi há muito afastada pela jurisprudência,⁴⁹ e o novel texto tratou de infirmar definitivamente esta possibilidade ao prever expressamente no art. 548, §2º, que a citada multa (no novo Código tratada no art. 537, § 1º) não se aplica à Fazenda Pública, mais uma vez revelando a tendência do legislador em desenhar um modelo de execução protetivo do órgão público, liberando-o de rubricas onerosas.

Ainda que se compreendam essas restrições sob o aspecto de que os cofres públicos são sustentados pelo contribuinte e suas reservas são voltadas para a realização do bem

⁴⁸ Art. 100, § 3º, da CF: O disposto no *caput* deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

⁴⁹ PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. MULTA DO ART. 475-J DO CPC. INAPLICABILIDADE. PRECATÓRIO DE NATUREZA ALIMENTAR. ART. 100 DA CF/88. JUROS DE MORA. ART. 1º-F DA LEI N. 9.494/97. PRECLUSÃO E COISA JULGADA. FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO NÃO IMPUGNADOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 283/STF.

1. A despeito de a condenação referir-se à verba de natureza alimentar (proventos/pensões), a execução contra a Fazenda Pública deve seguir o rito do art. 730 do CPC, por tratar de execução de quantia certa. É que o art. 100 da Constituição Federal não excepcionou a verba alimentícia do regime dos precatórios, antes, apenas lhe atribuiu preferência sobre os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º do referido dispositivo legal (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

2. Não há que se falar em incidência da multa de 10% prevista no art. 475-J do CPC em sede de execução contra a Fazenda Pública, visto que não é possível exigir que Fisco pague o débito nos 15 dias de que trata o dispositivo supra, eis que o pagamento do débito alimentar será realizado na ordem preferencial de precatórios dessa natureza.

[...]

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (STJ. REsp 1201255/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 04/10/2010)

comum, o fato é que a tolerância e a impunidade no descumprimento de obrigações de pagar decorrentes de processo e sentença judiciais se instaura atrás de uma aparente legalidade.

O ponto positivo do Projeto fica por conta da inovação trazida no art. 549, § 4º, sem correspondente no atual CPC, que permite a expedição da ordem de pagamento relativa à parte não questionada da condenação, nos casos de impugnação parcial, possibilidade esta já aceita na jurisprudência⁵⁰ e defendida na doutrina, como se depreende da lição de Leonardo Carneiro da Cunha:

[...] quando os embargos forem parciais, a execução, nos termos do parágrafo 3º. do art. 739-A do CPC, prosseguirá quanto a parte não embargada. Tal regra aplica-se aos embargos opostos pela Fazenda Pública. Nesse caso, a execução deve prosseguir relativamente ao valor equivalente à parte incontroversa, expedindo-se, quanto a essa parte, o precatório.⁵¹

Com precisão, Elaine Harzheim Macedo, ao tecer comentários sobre as alterações trazidas pelo projeto do novo CPC, conclui que “no trato das execuções contra a Fazenda Pública não houve profundas modificações”,⁵² sobretudo quando se analisa na perspectiva do direito fundamental a um processo efetivo, onde se implementar uma distinção entre execução fundada em título judicial e extrajudicial, proceder à renomeação de “embargos” para “impugnação” e remover o instituto do sequestro do CPC certamente se revelam medidas inócuas para tal desiderato.

Assim, fica patente a omissão do legislador ao desprezar uma oportunidade singular de, com prestações normativas mais claras e detalhadas, imprimir maior efetividade ao procedimento de execução por quantia certa contra o Estado, que, neste aspecto, permaneceu inalterado, com o mesmo rótulo de inefetividade e ineficácia desde 1973.

Para não deixar *in albis*, o art. 926 do Projeto prevê, no Livro II da Parte Especial, que cuida do processo de execução, o procedimento específico da execução com fundamento em título executivo extrajudicial contra a Fazenda Pública, cujo procedimento não se afasta muito do cumprimento de sentença.

Nesse caminho, o art. 926, em seu *caput*, determina a citação da Fazenda Pública para opor embargos em trinta dias. Isso é, sequer é o órgão público citado para pagar. É, isso sim, citado para se defender mediante a técnica da inversão do contraditório, opondo ação incidental de embargos.

⁵⁰ Acórdão unânime da 2ª. Turma do STJ, REsp 1114934/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 17.03.2011, DJe de 29.03.2011. No mesmo sentido: acórdão unânime da 6ª. Turma do STJ, AgRg no REsp 830823/RS, rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira, j. 02.04.2013, DJe 12.04.2013.

⁵¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2013, p.316.

⁵² MACEDO, Elaine Harzheim. *Comentário ao artigo 866*. In: *Comentários ao projeto de lei n. 8.046/2010 [recurso eletrônico]: proposta de um novo código de processo civil / org. Elaine Harzheim Macedo. – Dados Eletrônicos. – Porto Alegre : EDIPUCRS, 2012, p.495-97.*

Repete-se o comando no sentido de que, não opostos os embargos ou esses rejeitados, expedir-se-á precatório ou requisição de pequeno valor em favor da parte exequente, conforme o caso, aplicando-se, no mais, o que foi tratado nos artigos 548 e 549, isso, nos artigos que cuidam da execução de título judicial contra a Fazenda Pública.

Apenas, até em sintonia com o que ocorre na execução contra particular, dispõe o § 2º desse dispositivo, que os embargos serão plenários, podendo a Fazenda Pública alegar qualquer matéria que lhe seja lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento.

Limita-se toda a vantagem em plasmar em procedimento próprio a execução contra o ente público base em título executivo extrajudicial.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de uma análise dos direitos e garantias fundamentais, buscando uma sistematização do tema através da doutrina de Robert Alexy, J.J. Gomes Canotilho e Ingo W. Sarlet, trazendo definições e classificações, sobretudo quanto às dimensões subjetiva e objetiva e a multifuncionalidade destes direitos, concluiu-se por enquadrar a garantia fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva como um direito a prestações do Estado, onde se acham vinculados tanto o Poder Legislativo quanto o Poder Judiciário, cada qual com sua quota de responsabilidade por sua realização, sem excluir, por óbvio, o Poder Executivo de igual incidência.

Partindo-se para uma análise da atual sistemática da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública lastreada em título judicial, propondo um paralelo com o novel procedimento que se avizinha com a edição do novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei n. 8.046-B/2010), vislumbrou-se uma situação de completa falta de efetividade, onde o procedimento atual ou da Proposta se revelam inidôneos à tutela jurisdicional efetiva, em flagrante ofensa ao novo paradigma do direito constitucional processual, anunciado pelo constitucionalismo que se instalou no Brasil principalmente a partir da Carta de 1988, que possui nítido comprometimento com os direitos fundamentais e sua efetivação.

De outro norte, ante a omissão legislativa em instituir procedimentos idôneos a tal fim, os instrumentos processuais existentes que, a princípio, se mostrariam aptos a gerar efeitos concretos no sentido de conferir efetividade ao procedimento de execução contra o Poder Público, como é o caso do sequestro de verbas públicas ou da intervenção federal pela prática contumaz de descumprimento das decisões judiciais com trânsito em julgado, o Poder Judiciário afastou tal possibilidade, estando atualmente o citado procedimento em uma espécie de nimbo jurídico, do ponto de vista legislativo e jurisdicional, o que o novo estatuto em gestação em nada contribui.

Dessa forma, a obrigação do Estado fornecer todos os meios jurídicos adequados à realização do direito fundamental a um processo efetivo, ou seja, capaz de conferir ao cidadão o bem da vida garantido pelo direito substancial – seja com prestações normativas, seja com a adequada interpretação e aplicação das normas existentes – está maculada por profunda frustração quando se trata de demandas contra a Administração Pública,

tendo o particular que se contentar com um procedimento flagrantemente inidôneo a tal fim, onde só lhe é garantido o acesso ao Judiciário, aqui entendido na ultrapassada ideia como direito a uma sentença ou comando judicial, despido de qualquer efetividade ou poder executivo.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 07 fev. 2014.
- BRASIL. *Lei n. 5.869*, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 07 fev. 2014.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: direito processual coletivo e direito processual público*, vol. 2, tomo III. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, J. J.; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Mauro. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CITADDINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 11.ed. São Paulo: Dialética, 2013.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- LAMY, Eduardo de Avelar. *A importância do novo CPC para o desenvolvimento do processo civil*. Revista de Processo, ano 38, vol. 226, São Paulo, dez. 2013, p.385-98.
- MACEDO, Elaine Harzheim. *Jurisdição e processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- MACEDO, Elaine Harzheim (org.). *Comentários ao Projeto de Lei n. 8.046/2010 [recurso eletrônico]: proposta de um novo código de processo civil*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*, volume 3: execução. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. *Técnica Processual e tutela dos direitos*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto (coordenadores). *Constituição, Jurisdição e Processo*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel; PORTO, Guilherme Athayde. *Lições sobre teorias do processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (coord.). *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais*. Salvador: JusPodium, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. II. 48.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. *As Novas Reformas do Código de Processo Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.